

Die Übernahme des „Schengen-Besitzstandes“ in den Rahmen der Europäischen Union

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die Übernahme des "Schengen-Besitzstandes" in die Europäische Union, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, S. 103-124. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript Abweichungen enthält.

I. Einleitung

„Schengen“. Dieser Begriff steht spätestens seit Anfang der 90er Jahre für den (für viele vielversprechenden) Abbau der Grenzkontrollen in Europa, aber auch für eine verstärkte Zusammenarbeit der beteiligten Staaten in verschiedenen Bereichen, wie insbesondere polizeiliche Zusammenarbeit, Kontrolle an den Schengen-Außengrenzen oder Zuständigkeiten für die Behandlung von Asylbegehren. Der „Schengen-Prozeß“ ist jedoch nicht nur in materieller, sondern auch in institutioneller Hinsicht von Interesse. Dies geht vor allem auf den Umstand zurück, daß „Schengen“ zwar im Rahmen der Union von Bedeutung ist, aus institutioneller Sicht aber gleichwohl zunächst nicht in die Union eingebunden worden war. Zudem regelt das Schengener Abkommen auch grundrechtlich relevante Bereiche, womit zahlreiche Legitimations- und Rechtsschutzfragen aufgeworfen werden.

Der zweite EU-Vertrag von Amsterdam versucht vor diesem Hintergrund, einigen sich aus dieser Situation ergebenden Problemen und Unzulänglichkeiten Rechnung zu tragen. Das Stichwort heißt hier „Überführung“: „Schengen“ soll in den Rahmen der Europäischen Union - mit allen Konsequenzen, insbesondere auch institutioneller Natur - überführt werden. In diesem Sinn wurde ein eigenes „Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union“¹ vereinbart. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es denn auch, - auf der Grundlage einer Skizzierung des ursprünglichen Schengen-Prozesses (II.) - den genauen Mechanismus dieser Überführung des Schengen-Besitzstandes näher zu betrachten und zu analysieren, wobei auch die besondere Stellung einiger Mitgliedstaaten² zu berücksichtigen ist (III.). Der Beitrag schließt mit einer zusammenfassenden Bewertung des Überführungsmechanismus (IV.).

¹ Im folgenden: „Schengen-Protokoll“.

² Die (auch) in eigenen Protokollen geregelt ist, vgl. „Protokoll über die Anwendung bestimmter Aspekte des Artikels 7a des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf das Vereinigte Königreich und auf Irland“, „Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands“, „Protokoll über die Position Dänemarks“.

II. Der „Schengen-Prozeß“ - Grundlagen und Überblick

Hintergrund des Schengen-Prozesses ist das im Gemeinschaftsrecht verankerte Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 7a EGV), das auch die Abschaffung der Grenzkontrollen umfaßt. In diesem Sinn wurde denn auch zunächst versucht, auf Gemeinschaftsebene die hierfür erforderlichen Beschlüsse zu fassen. Diese Bemühungen scheiterten jedoch aus verschiedenen Gründen³. Daraufhin entschlossen sich die Benelux-Staaten, Deutschland und Frankreich zu einem gesonderten Vorgehen und schlossen die beiden Schengener Übereinkommen⁴ ab⁵. Von Bedeutung ist dabei in erster Linie das zweite Schengener Übereinkommen (Schengen II), verpflichtet doch erst dieses tatsächlich zum Abbau der Grenzkontrollen und zu den entsprechenden Ausgleichsmaßnahmen, die auch Eingriffsbefugnisse gegenüber Bürgern umfassen⁶. Schengen II steht ausschließlich EU-Staaten offen, und inzwischen haben alle EU-Staaten - mit Ausnahme Großbritanniens und Irlands - das Abkommen unterzeichnet.

Materiell sieht Schengen II neben dem zentralen Anliegen der Abschaffung der Grenzkontrollen eine Reihe sog. „Ausgleichsmaßnahmen“ vor, die in erster Linie die Nachteile kompensieren sollen, die der Abbau der Grenzkontrollen nach verbreiteter Ansicht mit sich bringt⁷. Diese Maßnahmen machen den wesentlichen Teil des Abkommens aus und berühren teilweise die Rechtsstellung der betroffenen Personen. Im einzelnen werden insbesondere folgende Sachbereiche erfaßt⁸:

- Durchführung der Kontrollen an den Außengrenzen (Art. 3 ff. Schengen II);

³ Hierzu etwa *Hans Claudius Taschner*, Schengen oder die Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen der EG, Saarbrücken 1990, 12 ff.; *Hans Claudius Taschner*, Schengen. Die Übereinkommen zum Abbau der Personenkontrollen an den Binnengrenzen von EU-Staaten, Baden-Baden 1997, 21 f.

⁴ Übereinkommen betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 14.6.1985, GMBI 1986, 79 (Schengen I); Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, BANz Nr. 217a vom 30.11.1990 (Schengen II).

⁵ Zur Entstehungsgeschichte *Taschner*, 1990 (Fn. 3), 9 ff.; *Taschner*, 1997 (Fn. 3), 15 ff.; *Klaus-Peter Nanz*, Schengener Übereinkommen und Personenfreizügigkeit, ZAR 3/1994, 99 ff.; *Roland Bieber*, Das Abkommen von Schengen über den Abbau der Grenzkontrollen, NJW 1994, 294 ff.; *Jean Charpentier*, Les conditions d'accès des étrangers dans l'espace Schengen, in: Alexis Pauly (Hrsg.), Les accords de Schengen: Abolition des frontières ou menace pour les libertés publiques?, Maastricht 1993, 66 ff.

⁶ Schengen I beschränkt sich dagegen im wesentlichen darauf, einige kurzfristig durchzuführende Maßnahmen zur Erleichterung der Grenzkontrollen und langfristig zu ergreifende Maßnahmen zur Abschaffung der Grenzkontrollen vorzusehen. Letztere mußten allerdings noch präzisiert werden, was dann durch Schengen II geschah.

⁷ Nicht zu verkennen ist jedoch, daß eine Reihe der in Schengen II vorgesehenen Ausgleichsmaßnahmen unabhängig von dem Abbau der Grenzkontrollen sinnvoll ist, so etwa die Zusammenarbeit in der Bekämpfung der Kriminalität.

⁸ Vgl. im einzelnen zum Inhalt des Abkommens *David O'Keeffe*, The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?, YEL 1991, 185 (187 ff.); *Bieber*, NJW 1994 (Fn. 5), 294 ff.; *Nanz*, ZAR 1994 (Fn. 5), 100 ff.; s. auch die vertiefte Auseinandersetzung in den Beiträgen in *Alberto Achermann/Roland Bieber/Astrid Epiney/Ruth Wehner*, Schengen und die Folgen. Der Abbau der Grenzkontrollen in Europa, Bern, München, Wien 1995.

- Harmonisierung der Sichtvermerke (Art. 9 ff. Schengen II);
- Reiseverkehr von Drittausländern innerhalb des Schengen-Raumes (Art. 19 ff. Schengen II);
- Zuständigkeit für die Behandlung von Asylbegehren (Art. 28 ff. Schengen II);
- polizeiliche Zusammenarbeit, insbesondere Informationsaustausch und grenzüberschreitende Observation sowie Nacheile (Art. 39 ff. Schengen II);
- Einrichtung eines Schengener Informationssystems (SIS), in dem aus dem gesamten Schengen-Gebiet Daten gespeichert und von den Behörden abgerufen werden können.

Die Vorgehensweise der Schengen-Staaten ist insofern nicht unproblematisch, als Schengen II ein gemeinschaftliches Ziel - Abbau der Grenzkontrollen - über ein völkerrechtliches Instrumentarium verwirklicht. Dies wirft denn auch die Frage nach dem Verhältnis von Schengen II zu europäischen Gemeinschaftsrecht auf⁹.

Das Abkommen (Art. 134 Schengen II) selbst sieht in diesem Zusammenhang denn auch vor, daß seine Bestimmungen nur unter der Voraussetzung ihrer Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht anwendbar sind. Diese Bestimmung gilt sowohl für bestehendes als auch für künftiges Gemeinschaftsrecht. Ihre Einhaltung kann zwar nicht auf der Grundlage von Schengen II selbst gerichtlich überprüft werden. Allerdings kann der EuGH nach dem Verfahren des Art. 177 EGV über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts entscheiden; dies kann dann aber - parallel zu der Situation bei der Frage der Gemeinschaftsrechtskonformität nationaler Vorschriften mit Gemeinschaftsrecht - auch Rückwirkungen auf die Beurteilung der Vereinbarkeit von in Schengen II enthaltener Bestimmungen mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entfalten.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Verfolgung gemeinschaftsrechtlicher Ziele durch völkerrechtliche Abkommen außerhalb des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens mit gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen in Einklang steht¹⁰. Diese Frage muß vor dem Hintergrund des Umstandes, daß das Vorgehen der Schengen-Staaten letztlich das Ziel des Art. 7a EGV (Abbau der Grenzkontrollen) seiner Verwirklichung näher bringt, beantwortet werden: Wenn dies so ist, kann das prinzipielle Vorgehen der Schengen-Staaten - auch angesichts der nicht gegebenen unmittelbaren Wirksamkeit des Art. 7a EGV - nicht gegen diese Bestimmung verstoßen. Ebensowenig dürfte Art. 5 EGV verletzt sein, steht der Schengen-Prozeß als solcher doch nicht unbedingt Lösungen auf gemeinschaftlicher Ebene entgegen. Schließlich ist auch Art. 6 EGV (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) nicht betroffen, da keine Anknüpfung an das Kriterium der Staatsangehörigkeit ersichtlich ist; auch materiell wird nämlich nicht auf die Staatsangehörigkeit abgestellt, da die Grenze zwischen Schengen-

⁹ Vgl. hierzu schon *Astrid Epiney*, Das zweite Schengener Abkommen: Entstehung, Konzept und Einbettung in die Europäische Union, in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen (Fn. 8), 21 ff.

¹⁰ Hierzu schon *Epiney*, in: Schengen und die Folgen (Fn. 9), 30 ff.; *Astrid Epiney*, Schengen - ein Modell differenzierter Integration?, in: Stefan Griller/Fritz Breuss (Hrsg.), Zwischen Einheit und „Europe à la carte“ - zur Zukunft differenzierter Integration in Europa, im Erscheinen.

Staaten und sonstigen EU-Staaten nicht unbedingt häufiger von Personen einer bestimmten Nationalität überschritten wird. Die Tatsache der defizitären institutionellen Ausgestaltung des Schengen-Prozesses im Vergleich zu den im Rahmen der Europäischen Union maßgeblichen Standard ist aus politischer Sicht zu bedauern; für einen Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Grundsätze bestehen hier jedoch keine Anhaltspunkte, sind dem Gemeinschaftsrecht doch keine allgemeinen Vorgaben für das Vorgehen der Mitgliedstaaten außerhalb des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens zu entnehmen.

III. Der Mechanismus der Übernahme des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union

Die im zweiten EU-Vertrag von Amsterdam vorgesehene Einbettung des Schengen-Prozesses in die Europäische Union soll seiner skizzierten Verbindung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Rahmen Rechnung tragen¹¹: Das „Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union“ („Schengen-Protokoll“) stellt das notwendige Instrumentarium zur Überführung des sog. „Schengen-Besitzstandes“ in den Rahmen der EU und - im Zusammenhang mit anderen durch den Amsterdamer Vertrag einhergehenden Modifikationen - zu seiner Weiterentwicklung zur Verfügung. Zudem soll auf diese Weise auch der gegen das Schengener Abkommen teilweise vorgebrachten Kritik - insbesondere in bezug auf die institutionelle Einbindung des Schengen-acquis in die Strukturen der Europäischen Union¹² - in gewisser Hinsicht entgegen gekommen werden.

Das Schengen-Protokoll ist dem EU- und EG-Vertrag beigelegt, steht also in der Normenhierarchie als Primärrecht auf derselben Stufe. Zentrales Anliegen des Protokolls ist die Überführung des außerhalb der Europäischen Union anzusiedelnden Schengen-Prozesses in den *institutionellen und rechtlichen Rahmen des EU- und EG-Vertrages*¹³. Grundlage hierfür ist - in Fortführung von Art. 134 Schengen II - die grundsätzliche *Maßgeblichkeit des EU- und EG-Vertrages*, die in Art. 1 Satz 2 Schengen-Protokoll in allgemeiner Form formuliert und in verschiedenen anderen Bestimmungen (wieder) aufgegriffen wird¹⁴. Damit wird auf primärrechtlicher Ebene der Vorrang des EU- und EG-Vertrages in bezug auf den Schengen-Besitzstand festgeschrieben. Zu erwähnen ist zudem, daß neu beitretende Staaten

¹¹ Vgl. zu den im Laufe der Verhandlungen sich abzeichnenden Lösungsmöglichkeiten und die Schwierigkeiten der Verhandlungen *Henri Labayle*, Un espace de liberté, de sécurité et de justice, RTDE 1997, 813 (835).

¹² Vgl. hierzu etwa *Roland Bieber*, Schlußbetrachtung: Schengen als Modell zukünftiger Integration?, in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen (Fn. 8), 179 ff.; *O’Keeffe*, YEL 1991 (Fn. 8), 185 ff.

¹³ Vgl. insoweit auch Präambel und Art. 1 S. 2 Schengen-Protokoll.

¹⁴ So hat der Rat nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll die Rechtsgrundlagen für den Schengen-Besitzstand „gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Verträge“ festzulegen. Nach Art. 5 Abs. 1 Schengen-Protokoll unterliegen künftige Vorschläge und Initiativen den „einschlägigen Bestimmungen der Verträge“. Vgl. zu diesen Bestimmungen noch die Ausführungen im Text.

den Schengen acquis als *acquis communautaire* zu übernehmen haben, Art. 8 Schengen-Protokoll.

Die genaue Art und Weise dieser Einbeziehung muß jedoch Struktur und Inhalt des Schengen-Prozesses Rechnung tragen, was insbesondere einerseits das Problem der Berücksichtigung der Nichtteilnahme Großbritanniens und Irlands sowie der besonderen Stellung Dänemarks¹⁵, andererseits den aus materieller Sicht weiten Anwendungsbereich des Schengen-Besitzstandes betrifft. Damit ergeben sich die im folgenden im einzelnen zu behandelnden Aspekte: Auf der Grundlage der Erörterung des Schengen-Prozesses als eine Form flexibler Integration (1.) sind die Funktionsweise der Übernahme im einzelnen (2.), die Stellung Großbritanniens, Irlands und Dänemarks (3.) sowie die gerichtliche Kontrolle (4.) zu analysieren.

1. Schengen: eine besondere Form flexibler Integration

Am Schengen-Prozeß sind (nur) dreizehn der fünfzehn Mitgliedstaaten beteiligt; im Falle der Einbeziehung dieser Zusammenarbeit in den Rahmen der Europäischen Union handelt es sich daher um eine *spezifische Form flexibler Integration*. Die Möglichkeit hierzu ist nunmehr auch durch den EU- und EG-Vertrag selbst (Art. 40 EUV n.F., Art. 11 EGV n.F.) vorgesehen, womit sich die Frage des Verhältnisses der engeren Zusammenarbeit der Schengen-Staaten zu diesen allgemeinen Bestimmungen stellt. Zu unterscheiden ist hier zwischen dem bestehenden Schengen-Besitzstand und neuen Initiativen¹⁶:

- In bezug auf die Überführung des *bestehenden Schengen-Besitzstandes* in den Rahmen der Union enthält das Schengen-Protokoll *Sonderbestimmungen*: Art. 1 S. 1 Schengen-Protokoll ermächtigt die Schengen-Staaten ausdrücklich zu einer verstärkten Zusammenarbeit auf der Grundlage und im Rahmen des Schengen-Besitzstandes; dieses Protokoll legt auch abschließend die Modalitäten der Überführung des Schengen-Besitzstandes fest. Darüber hinaus ist das Schengen-Protokoll auch - ggf. in Verbindung mit den weiteren einschlägigen Protokollen - für die Stellung Großbritanniens, Irlands und Dänemarks maßgeblich, so daß insoweit ggf. - im Vergleich zu Art. 11 EGV n.F. und Art. 40 EUV n.F. - abweichende Regeln für die Teilnahme dieser Staaten am Schengen-Prozeß gelten.

Der *Schengen-Besitzstand* wird im Anhang zum Schengen-Protokoll definiert. Er umfaßt die beiden Schengener Übereinkommen (Schengen I und Schengen II) sowie die Beitrittsprotokolle und -übereinkommen zu den Schengener Übereinkommen, die Beschlüsse und Erklärungen des Exekutivausschusses von Schengen II und die

¹⁵ Aufgrund des Protokolls über die Position Dänemarks, das sein grundsätzliches Abseitsstehen vom neuen Titel IV EGV n.F. (Freier Personenverkehr) betrifft.

¹⁶ Vgl. auch Art. 11 Abs. 5 EGV n.F., Art. 40 Abs. 5 EUV n.F., wonach das Schengen-Protokoll unberührt bleibt.

Rechtsakte von Organen, denen vom Exekutivausschuß Entscheidungsbefugnisse übertragen worden sind. Deutlich wird damit, daß dieser *Schengen-Besitzstand inhaltlich fest umschrieben* ist; es handelt sich um eine Reihe genau bezeichneter Bestimmungen und Beschlüsse.

- Auf *neue Initiativen* im Rahmen des Schengen-Besitzstandes - also immer dann, wenn weitergehende Bestimmungen erlassen oder bestehende modifiziert werden sollen - finden dagegen grundsätzlich Art. 11 EGV n.F., Art. 40 EUV n.F. Anwendung, allerdings mit einer verfahrensrechtlichen Änderung (Art. 5 Abs. 1 Schengen-Protokoll)¹⁷. Die im Schengen-Protokoll enthaltene Ermächtigung zur verstärkten Zusammenarbeit ist eben insoweit begrenzt, als sie nur den im Anhang definierten Schengen-Besitzstand, nicht aber dessen Weiterentwicklung oder Modifikation, erfaßt. Damit bedarf es für eine *erweiterte Zusammenarbeit* - die also über den derzeitigen Stand des Schengen-Besitzstandes hinausgeht oder diesen modifiziert - nach der Systematik des Protokolls einer erneuten Ermächtigung nach Art. 11 EGV n.F. bzw. Art. 40 EUV n.F.

Die Überführung des bestehenden Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union findet also im Schengen-Protokoll eine primärrechtliche Grundlage. Deren Reichweite ist jedoch auf den schon existierenden *acquis* beschränkt; seine Änderung oder Fortentwicklung unterliegt - in bezug auf die Zulässigkeit einer flexiblen Integration - grundsätzlich den einschlägigen Bestimmungen der Verträge¹⁸. Insofern wird den Schengen-Staaten also keine „Blanko-Vollmacht“ in bezug auf die gesamte Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes ausgestellt. Dies dürfte denn auch der Logik der Einbindung verstärkter Zusammenarbeit in den Rahmen der Europäischen Union entsprechen.

2. *Der Mechanismus der Übernahme*

Die Mechanismus der Einbeziehung der verstärkten Zusammenarbeit der Schengen-Staaten in den Rahmen der Union unterscheidet - wie schon angesprochen¹⁹ - zwischen der Übernahme des schon bestehenden Schengen-Besitzstandes (a) und seiner Weiterentwicklung (b).

a) Einbeziehung des bestehenden Schengen-Besitzstandes

Der Mechanismus der Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes entfaltet seine Wirkung von vornherein erst ab dem Zeitpunkt, den der Rat mit einstimmigem Beschluß festlegt, abgesehen für die Gründerstaaten und diejenigen Staaten, für die die Bedingungen für die

¹⁷ Hierzu auch noch unten III.2.b).

¹⁸ Art. 40 EUV n.F., Art. 11 EGV n.F.

¹⁹ Oben III.1.

tatsächliche Anwendung des Schengener Übereinkommens schon vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages erfüllt und festgestellt worden waren, Art. 2 Abs. 2 Schengen-Protokoll. Dies entspricht der bisherigen Praxis, wonach für jeden neuen Vertragsstaat entschieden wird, ob das Abkommen auch tatsächlich in Kraft gesetzt werden kann²⁰.

Bei der Übernahme des Schengen-Besitzstandes im einzelnen kann zwischen zwei Etappen bzw. Fallgestaltungen unterschieden werden:

aa) Sofortige Anwendbarkeit

Mit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages und damit des Schengen-Protokolls ist der gesamte Schengen-Besitzstand für die betroffenen Staaten²¹ „*sofort anwendbar*“, Art. 2 Abs. 1 Uabs. 1 Satz 1 Schengen-Protokoll, und ab diesem Zeitpunkt wird der Rat an die Stelle des Exekutivausschusses treten, Art. 2 Abs. 1 Uabs. 1 Satz 2 Schengen-Protokoll. Diese Bestimmung kann - angesichts der noch eigens vorgesehenen Übernahme des Schengen-Besitzstandes in Gemeinschaftsrecht²² - nur (in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Uabs. 4 Schengen-Protokoll) so ausgelegt werden, daß damit die Schengener Abkommen obligatorisch für alle Vertragsstaaten als im Rahmen der Union beschlossenes Recht Anwendung finden. Art. 2 Abs. 1 Uabs. 4 Schengen-Protokoll präzisiert denn auch, in welche „Kategorie“ des in der Union geltenden Rechts der Schengen-Besitzstand einzuordnen ist: Es handelt sich um „Rechtsakte, die auf Titel VI des Vertrages über die Europäische Union gestützt sind“.

Diese Regelung läßt jedoch (mindestens) drei Fragen offen:

- Erstens fragt es sich, ob die in Art. 2 Abs. 1 Uabs. 1 Schengen-Protokoll vorgesehene „sofortige Anwendbarkeit“ auch eine „*unmittelbare Anwendbarkeit bzw. Wirksamkeit*“ in dem Sinn bedeutet, daß alle Bestimmungen ohne weitergehende Durchführungsbeschlüsse als solche anwendbar wären und damit jedenfalls von den Behörden zu beachten wären und ggf. Rechtswirkungen für Einzelne erzeugten²³. Angesichts des Umstandes, daß auch eine Überführung in den Rahmen der Union nichts an der inhaltlichen Fassung der entsprechenden Bestimmungen zu ändern vermag und daß letztlich diese für ihre Eignung, als solche Rechtswirkungen (insbesondere für Einzelne) zu erzeugen, entscheidend ist, kann Art. 2 Abs. 1 Uabs. 1 Schengen-Protokoll nicht im Sinne der Stipulierung der unmittelbaren Wirksamkeit aller Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes verstanden werden. Diese Auslegung wird durch Art. 2 Abs. 1

²⁰ Vgl. Gemeinsame Erklärung zu Art. 139 Schengen II, abgedruckt in *Achermann/Bieber/Epiney/Wehner*, Schengen und die Folgen (Fn. 8), 238.

²¹ Dies sind die in Art. 1 Schengen-Protokoll aufgeführten Staaten; betroffen sind damit alle EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Großbritanniens und Irlands.

²² Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll, hierzu unten im Text, bb).

²³ Insoweit zumindest mißverständlich *Reinhard Rupprecht*, Justiz und Inneres nach dem Amsterdamer Vertrag, Integration 1997, 264 (268), der von „unmittelbarer Anwendbarkeit“ spricht.

Uabs. 2 Satz 1 Schengen-Protokoll gestützt, der davon ausgeht, daß zur Durchführung des Art. 2 Abs. 1 Schengen-Protokoll Ratsbeschlüsse notwendig sind. Zudem gebraucht der Vertrag im Falle der Begründung Rechte Einzelner eher den Begriff der „unmittelbaren Wirksamkeit“²⁴. Diese unmittelbare Wirksamkeit ist jedoch jedenfalls für der dritten Säule zuzuordnende Rechtsakte durch Art. 34 EUV n.F. ausgeschlossen²⁵.

- Damit in engem Zusammenhang steht die weitere durch Art. 2 Abs. 1 Uabs. 4 Schengen-Protokoll aufgeworfenen Frage: Die „dritte Säule“ des EU-Vertrages ist kein homogenes Gebilde, das nur einen „Rechtsakt“ kennt; die den verschiedenen Elementen des Schengen-Besitzstandes zuzuordnende genaue *Handlungsform*²⁶ wird jedoch nicht weiter präzisiert²⁷. Allerdings kann hier der dem Schengen-Protokoll zugrundeliegende Grundsatz der Maßgeblichkeit der Regelungen des EG- und EU-Vertrages fruchtbar gemacht werden: Wenn das Schengen-Protokoll selbst keine näheren spezifischen Regelungen und Präzisierungen vorsieht, ist eben auf die für die entsprechende Problemstellung maßgeblichen allgemeinen vertraglichen Grundsätze zurückzugreifen. Damit ist die Handlungsform nach der Maßgabe des Art. 34 EUV n.F. zu bestimmen, so daß es jedenfalls nicht den vertraglichen Grundsätzen entspräche, die genaue Rechtsnatur und damit die Rechtswirkungen der Elemente des Schengen-Besitzstandes offen zu lassen. Von den in Art. 34 EUV n.F. vorgesehenen Formen kommen in bezug auf den Schengen-Besitzstand - angesichts seines verbindlichen Charakters - Beschlüsse und Rahmenbeschlüsse in Betracht, wobei das Unterscheidungskriterium die vorgesehene oder auch nicht vorgesehene Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ist. Jedenfalls sind beide Arten von Rechtsakten verbindlich, jedoch nicht unmittelbar wirksam. Deutlich wird damit auch, daß Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes vor ihrer Überführung in die erste Säule²⁸ nicht unmittelbar wirksam sein können; es sind jedenfalls Durchführungsmaßnahmen, entweder durch die Mitgliedstaaten oder aber durch den Rat erforderlich.
- Schließlich ist unklar, ob die durch den Amsterdamer Vertrag in materieller Hinsicht eingeschränkte dritte Säule in *sachlich-gegenständlicher Sicht* eine Grundlage für den gesamten Schengen-Besitzstand - der zahlreiche Bereiche umfaßt, die nicht in den Anwendungsbereich der zukünftigen dritten Säule fallen - zu bilden vermag²⁹. Ausgeschlossen ist jedenfalls ein Rückgriff auf die „alte“ dritte Säule in der Fassung des EU-Vertrages von Maastricht, da diese mit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrag

²⁴ Vgl. etwa Art. 34 EUV n.F.

²⁵ Vgl. die Ausführungen sogleich unten im Text.

²⁶ Vgl. zu diesen verschiedenen Handlungsformen *Peter-Christian Müller-Graff*, Justiz und Inneres nach Amsterdam - die Neuerungen in erster und dritter Säule, Integration 1997, 271 (277 ff.).

²⁷ Aufgeworfen wird diese Frage auch von *Müller-Graff*, Integration 1997 (Fn. 26), 276.

²⁸ Hierzu noch unten bb).

²⁹ Zweifelnd *Müller-Graff*, Integration 1997 (Fn. 26), 276.

nicht mehr gilt. Sachgerecht erscheint hier ein Rückgriff auf das systematische Verhältnis der hier relevanten Teile des Schengen-Protokolls zu den maßgeblichen Bestimmungen der dritten Säule zu sein: Der materielle Anwendungsbereich des Schengen-Besitzstands wird durch diesen selbst bestimmt, so daß das Schengen-Protokoll in dieser Beziehung eine *lex specialis* ist und die diesbezüglichen Bestimmungen der dritten Säule verdrängt werden. Insofern ist die Einordnung des Schengen-Besitzstandes in die dritte Säule als Rechtsfolgeverweisung auf die Handlungsformen der dritten Säule zu verstehen.

Mit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages wandelt damit der Schengen-Besitzstand seinen Charakter als (reines) völkerrechtliches Instrumentarium zu Rechtsakten, die der dritten Säule zuzuordnen sind. Konsequenzen entfaltet dies insbesondere in bezug auf die gerichtliche Kontrolle: Diese kommt nach Maßgabe der in diesem Titel festgelegten Modalitäten zum Zuge³⁰.

bb) Festlegung der Rechtsgrundlage

Die sofortige Anwendbarkeit der Bestimmungen und Beschlüsse des Schengen-Besitzstandes im dargelegten Sinn soll aber nur vorläufiger Natur sein: Dem Rat wird nämlich durch Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Satz 2 Schengen-Protokoll aufgegeben, für jede Bestimmung und jeden Beschluß des Schengen-Besitzstandes die *Rechtsgrundlage* festzulegen, dies nach den einschlägigen Bestimmungen der Verträge. Die Beschlußfassung hierzu erfolgt einstimmig. Auf diese Weise soll also der gesamte Schengen-Besitzstand in Gemeinschaftsrecht überführt werden; ihm wird dann der Charakter von gemeinschaftlichem Sekundärrecht zukommen, falls die Rechtsgrundlage in den EG-Verträgen zu finden ist, oder aber von auf der Grundlage des Titels VI EUV erlassenen Rechtsakten.

Die genaue Bedeutung und Tragweite dieser Festlegung der Rechtsgrundlagen erschließt sich insbesondere durch folgende Aspekte:

- Der Rat ist bei der Wahl der Rechtsgrundlage an die *einschlägigen Bestimmungen der Verträge* gebunden, d.h. der Rat ist hier in seiner Entscheidung nicht frei, sondern hat auf der Grundlage der diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu entscheiden³¹. Dies wirft die Frage auf, welchen Sinn die einstimmige Festlegung der Rechtsgrundlage denn dann noch hat, ergibt sich die für eine bestimmte Maßnahme heranzuziehende Rechtsgrundlage doch auf der Grundlage zwingend anzuwendender gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze. Von Bedeutung dürften hier zwei Elemente sein: Zum einen ist es durchaus denkbar, daß für einen bestimmten Beschluß oder eine

³⁰ Hierzu noch unten III.4.

³¹ Vgl. zur Abgrenzung der Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht mit ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung *Siegfried Breier*, Der Streit um die richtige Rechtsgrundlage in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuR 1995, 46 ff.

spezifische Bestimmung des Schengen-Besitzstandes sowohl Rechtsgrundlagen im EG-Vertrag als auch solche im Titel VI EUV in Betracht kommen. Es dürfte zu weit gehen, bei solchen Konstellationen eine Pflicht des Rates, eine Bestimmung auf den EG-Vertrag zu stützen, anzunehmen. Insoweit behält also die Entscheidung über die Rechtsgrundlage einen politischen Charakter. Auch impliziert die Entscheidung über die Rechtsgrundlage - zumindest im Falle der Abstützung auf eine Bestimmung des EG-Vertrages - auch diejenige über die Überführung in EG-Vertrag selbst, so daß auch hier ein gewisser politischer Handlungsspielraum verbleibt. Zum anderen kann dem Rat bei der Wahl der Rechtsgrundlage durchaus ein Beurteilungsspielraum verbleiben, etwa dann, wenn zwei Rechtsgrundlagen in Betracht kommen und erst ein Rückgriff auf objektiv erkennbare Zielsetzungen des jeweiligen Rechtsakts eine Entscheidung erlaubt. Ob und inwieweit der Rat die vertraglichen Vorgaben beachtet, dürfte - insbesondere über eine Nichtigkeitsklage nach Art. 173 EGV aber auch inzidenter (etwa im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens)³² - durch den EuGH nachgeprüft werden können. Gegenstand dieser Prüfung ist dann wohl der Beschluß des Rates, eine bestimmte Rechtsgrundlage festzulegen; eine Überprüfung der Gültigkeit des übernommenen Schengen-Besitzstandes selbst jedoch dürfte schon deshalb ausgeschlossen sein, weil seine Anwendbarkeit primärrechtlich verankert ist³³

- Bei der Festlegung der Rechtsgrundlage kann der Rat auch die *Rechtsform* (des Sekundärrechts oder der in der dritten Säule zur Verfügung stehenden Rechtsakte) bestimmen; fraglich könnte sein, ob er hierzu auch verpflichtet ist. Angesichts des Schweigens des Schengen-Protokolls in dieser Hinsicht ist wohl davon auszugehen, daß hier die allgemeinen vertraglichen Bestimmungen Anwendung finden und die Rechtsform und damit die Rechtswirkungen zu bezeichnen sind. Der Rat ist dabei an die einschlägigen vertraglichen Vorgaben - also insbesondere Art. 189 EGV (soweit die Elemente der dort erwähnten Rechtsakte vorliegen) und Art. 34 EUV n.F. - gebunden. Weiterhin fragt es sich, ob die Wahl der Rechtsgrundlage ggf. auch eine Beschränkung des Ermessensspielraums des Rates in bezug auf die *Form des Rechtsakts* impliziert, etwa dann, wenn die gewählte Rechtsgrundlage ausschließlich den Erlass von Richtlinien vorsieht, der Rat aber die entsprechende Bestimmung des Schengen-Besitzstandes als Verordnung bezeichnen möchte. Angesichts des Umstandes, daß diese Überführung in den Rahmen der Union eine im Ergebnis möglichst kohärente Einbettung des Schengen-Besitzstandes in das institutionelle und rechtliche System der Union ermöglichen und sicherstellen soll, ist im Sinne einer gewissen Kohärenz von einer diesbezüglichen Bindung an die Vorgaben der jeweiligen Rechtsgrundlage auszugehen³⁴. Hierfür spricht auch der Umstand, daß sich eine Überführung auch im

³² Vgl. zum Rechtsschutz noch unten III.4.

³³ So auch *Christoph Thun-Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam, Wien u.a. 1997, 53.

³⁴ S. aber *Thun-Hohenstein*, Vertrag von Amsterdam (Fn. 33), 30, der davon spricht, daß die formelle Verabschiedung in einer der geltenden Beschlußformen wohl nicht notwendig sei, weil die Festlegung

übrigen auf die Rechtsfolgen - wie Einfügung in das System des Gemeinschaftsrechts und gerichtliche Kontrolle - auswirkt. Zudem stieße ein anderer Ansatz insofern auf große Schwierigkeiten, als sich kaum begründen ließe, warum die im jeweiligen Vertrag vorgesehenen Formen, nicht aber die in der jeweiligen Rechtsgrundlage aufgeführten maßgeblich sein sollen. Erstere müssen aber jedenfalls verbindlich sein, führte jeder andere Ansatz doch zu einer erheblichen Disparität und Inkohärenz der betroffenen Rechtsordnung.

Zu beachten ist aber jedenfalls, daß es zumindest im EG-Vertrag keinen Numerus clausus der Rechtsakte gibt, so daß im Falle der entsprechenden Öffnung der gewählten Rechtsgrundlage auch ein Rückgriff auf andere, nicht in Art. 189 EGV erwähnte Formen möglich ist. Auf diese Art und Weise könnte dann ggf. auch den sich durch den „Neuerlaß“ von Richtlinien ergebenden Schwierigkeiten Rechnung getragen werden, etwa indem die Rechtsform des „Beschlusses“ gewählt wird.

- Aus der Formulierung des Art. 2 Abs. 1 Uabs. 1 Satz 2 Schengen-Protokoll geht nicht eindeutig hervor, ob dem Rat eine *rechtliche Verpflichtung* obliegt, die Rechtsgrundlagen für die Bestimmungen und Beschlüsse des Schengen-Besitzstandes festzulegen. Obwohl sowohl Art. 2 Abs. 1 Uabs. 4 als auch Art. 5 Abs. 2 Schengen-Protokoll davon ausgehen, daß der Rat die Rechtsgrundlagen nicht benennt und trotz einer fehlenden Frist, sprechen der Gesamtzusammenhang und Sinn und Zweck der Festlegung der Rechtsgrundlage für die Annahme einer Rechtspflicht, wird doch erst auf diese Weise eine kohärente Überführung in den Rahmen der Union sichergestellt; die Einordnung des gesamten Besitzstandes in die dritte Säule dürfte vor diesem Hintergrund als Übergangslösung zu verstehen sein.
- Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die Reichweite der Ermächtigung zu einer verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 1 Satz 1 Schengen-Protokoll: Diese bezieht sich ausschließlich auf den bereits *bestehenden Schengen-Besitzstand*³⁵. Der Rat kann also auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll tatsächlich nur die Rechtsgrundlage des Schengen-Besitzstandes festlegen, mit der Folge, daß dieser dann in Gemeinschaftsrecht überführt wird oder (weiter) als Unionsrecht gilt. Der *materielle Inhalt dieses Besitzstandes* darf daher auf dem Wege der Festlegung der jeweiligen Rechtsgrundlagen gerade nicht angetastet werden. D.h. also, die Ermächtigung ist nur auf eine Übernahme der schon bestehenden Regelungen als solche bezogen, so daß diese zwar in das Gemeinschaftsrecht überführt werden sollen und können, ohne daß sie jedoch in inhaltlicher Hinsicht modifiziert werden können. Diese Sicht wird durch die Art und Weise der in Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Satz 2 Schengen-Protokoll vorgesehenen Einbeziehung dieses Schengen-Besitzstandes in das Gemeinschaftsrecht bestätigt: Diese Bestimmung spricht nämlich (nur) davon, daß der Rat (durch einstimmigen Beschluß

der Rechtsgrundlagen in erster Linie dazu diene, für die Weiterentwicklung Klarheit über das zur Verfügung stehende (Rechts-) Instrumentarium zu erhalten.
S. schon oben III.1.

der betroffenen Staaten) die Rechtsgrundlage für jede Bestimmung und jeden Beschluß des Schengen-Besitzstandes festlegt. Eine materielle Entscheidung über die betroffenen Vorschriften bzw. ihre Modifikation erscheint damit ausgeschlossen.

- Die Festlegung der Rechtsgrundlage ist insofern als Rechtsfolgeverweisung zu verstehen, als es für die Überführung einer Vorschrift des Schengen-Besitzstandes in das Gemeinschaftsrecht ausreicht, wenn der Rat durch einstimmigen Beschluß die Rechtsgrundlage für die jeweilige Vorschrift festlegt, so daß das in dieser Rechtsgrundlage vorgesehene *Verfahren* für die Einbeziehung in das Gemeinschaftsrecht selbst keine Anwendung findet.

b) Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes

Die Weiterentwicklung und damit auch die Modifikation des bestehenden Schengen-Besitzstandes unterliegt im wesentlichen³⁶ den in den Verträgen vorgesehenen *ordentlichen Verfahren*, Art. 5 Schengen-Protokoll; sie bleibt damit von vornherein von dem Überführungsmechanismus des Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll ausgeschlossen. Dieser Rückgriff auf die „einschlägigen Bestimmungen der Verträge“ (Art. 5 Abs. 1 Schengen-Protokoll) ist unabhängig davon eröffnet, ob der Rat nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Satz 2 die Rechtsgrundlage für die jeweiligen Bestimmungen oder Beschlüsse des Schengen-Besitzstandes festgelegt hat. Damit ist - unter „Überspringung“ der Festlegung der Rechtsgrundlage - unter Rückgriff auf die einschlägige Rechtsgrundlage auch unmittelbar eine modifizierte oder weiterentwickelte Überführung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Union möglich, so daß nicht obligatorisch zwei Schritte (erster Schritt: Festlegung der Rechtsgrundlage für den bestehenden Besitzstand nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll, zweiter Schritt: Weiterentwicklung nach Art. 5 Schengen-Protokoll iVm den einschlägigen vertraglichen Vorschriften) zu durchlaufen sind.

Erfolgt eine derartige Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes, so finden - im Gegensatz zur „reinen“ Übernahme des bestehenden Schengen-Besitzstandes - auch die in der jeweiligen Rechtsgrundlage vorgesehenen Verfahren Anwendung.

Allerdings stellt auch die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine Form der in Art. 11 EGV n.F., Art. 40 EUV n.F. geregelten engeren Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten dar, so daß hierfür diese Bestimmungen Anwendung finden³⁷, dies allerdings mit der Abweichung von dem dort vorgesehenen Verfahren, daß die Ermächtigung nach Art. 11 EGV n.F. bzw. Art. 40 EUV n.F. als erteilt gilt, sofern Großbritannien und/oder Irland nicht innerhalb eines „vertretbaren Zeitraumes“ ihre Absicht zur Teilnahme an dieser Zusammenarbeit zum Ausdruck gebracht haben, Art. 5 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll.

³⁶ Mit einer noch zu erwähnenden Ausnahme.

³⁷ Vgl. schon oben III.1.

Diese Bestimmung ersetzt also die ansonsten ggf. notwendige Zustimmung³⁸. Die Tatsache, daß Vorschläge und Initiativen in Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes den einschlägigen Bestimmungen des Vertrages unterliegen, ergibt sich natürlich schon aus diesen selbst; ist danach etwa eine Kompetenz der Gemeinschaft im Rahmen des EG-Vertrages gegeben, so kann diese selbstverständlich - unter den vertraglichen Voraussetzungen, wozu bei einer flexiblen Zusammenarbeit auch das Verfahren des Art. 11 EGV n.F. gehört - wahrgenommen werden. Die selbständige Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 Schengen-Protokoll erschöpft sich damit in der erwähnten verfahrensrechtlichen Besonderheit bei der Zustimmung zur verstärkten Zusammenarbeit.

Diese ist allerdings insofern nicht zu unterschätzen, als damit Großbritannien und Irland die ihnen auf der Grundlage der Art. 11 Abs. 2 Uabs. 2 EGV n.F., Art. 40 Abs. 2 Uabs. 2 EUV n.F. zustehende faktische Vetomöglichkeit genommen wird, läßt Art. 5 Abs. 1 Schengen-Protokoll doch nur die Wahl zwischen einer Teilnahme oder der (ggf. stillschweigenden) vertraglich festgelegten Zustimmung. Vor diesem Hintergrund wird denn auch die Frage relevant, wann denn ein Vorschlag eine Fort- oder Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes darstellt und wann es sich um einen „normalen“ Beschluß im Rahmen des Titels IV EGV n.F. oder der dritten Säule handelt. Da der Schengen-Besitzstand eine sehr reiche Palette materieller Bereiche umfaßt, könnten potentiell fast alle von Titel IV EGV n.F. und der dritten Säule erfaßten Bereiche als Fortentwicklung von Schengen angesehen werden. Eine derart weite Auslegung dürfte allerdings - wegen der Folge der teilweisen „Aushebelungen“ der Verfahrensvorschriften der Art. 11 EGV n.F., 40 EUV n.F., insbesondere in bezug auf Großbritannien und Irland - nicht der vertraglichen Systematik entsprechen. Das Protokoll schweigt sich allerdings darüber aus, wie nun die Abgrenzung im einzelnen getroffen werden soll.

3. *Stellung von Großbritannien, Irland und Dänemark*

a) *Großbritannien und Irland*

Großbritannien und Irland - als Nichtvertragsparteien der Schengener Übereinkommen - soll im Sinne der durch das Schengen-Protokoll angestrebten potentiellen *Öffnung des „Schengen-Prozesses“*³⁹ die Option der Teilnahme sowohl in bezug auf den bestehenden

³⁸ Vgl. Art. 11 Abs. 2 Uabs. 1 EGV n.F., Art. 40 Abs. 2 Uabs. 2 EUV n.F. Der Rat entscheidet danach grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit (ggf. nach Anhörung des Parlaments), Art. 11 Abs. 2 Uabs. 1 EGV n.F. Allerdings wird auf eine Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit immer dann verzichtet, wenn ein Mitgliedstaat „wichtige Gründe der nationalen Politik“, die er benennen muß, geltend macht. In diesem Fall kann eine Frage zur einstimmigen Beschlußfassung an den Rat in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs verwiesen werden, Art. 11 Abs. 2 Uabs. 2 EGV n.F.

³⁹ Diese entspricht übrigens auch der Philosophie der Art. 11 EGV n.F., Art. 40 EUV n.F., die beide in Abs. 3 die grundsätzliche Möglichkeit der Teilnahme der übrigen Mitgliedstaaten vorsehen, wobei die Verfahren allerdings differieren.

Besitzstand als auch in bezug auf dessen Weiterentwicklung offenstehen. Im einzelnen sind folgende Garantien und Verfahren vorgesehen⁴⁰:

- In bezug auf den *bestehenden Schengen-Besitzstand* hält Art. 4 Satz 1 Schengen-Protokoll⁴¹ fest, daß Irland und Großbritannien jederzeit beantragen können, daß einzelne oder auch sämtliche Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes auch auf sie Anwendung finden sollen. Die Möglichkeit für Großbritannien und Irland, einen derartigen Antrag zu stellen, ist unabhängig von der Festlegung einer Rechtsgrundlage für die Bestimmungen und Beschlüsse des Schengen-Besitzstandes nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll eröffnet. Allerdings muß der Rat - in Abweichung der entsprechenden Verfahren in Art. 11 Abs. 3 EGV n.F.⁴² und Art. 40 Abs. 3 EUV n.F.⁴³ - ausdrücklich einstimmig⁴⁴ über einen derartigen Antrag entscheiden. Dieses Verfahren legt es nahe, daß den betroffenen Mitgliedstaaten kein Anspruch auf Teilnahme am Schengen-Besitzstand zustehen soll, kann die grundsätzlich notwendige einstimmige Entscheidung - aus welchen Gründen auch immer - doch auch negativ ausfallen.
- Im Hinblick auf die Einbindung Großbritanniens und Irlands in die *Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes* sieht Art. 5 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll vor, daß sie dem Ratspräsidenten ihre Beteiligungsabsicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraumes schriftlich mitteilen müssen, ansonsten die Ermächtigung nach Art. 11 EGV n.F. bzw. Art. 40 EUV n.F. als erteilt gilt⁴⁵. Dies impliziert, daß den betroffenen Staaten die Teilnahme an der engeren Zusammenarbeit grundsätzlich offenstehen muß. Auf diese Weise wird es Großbritannien und Irland ermöglicht, an einzelnen Weiterentwicklungsbeschlüssen, nicht aber am „Grundunternehmen Schengen“, teilzunehmen. Art. 5 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll präzisiert allerdings nicht das hierbei zu beachtende Verfahren, so daß wohl auf die ordentlichen Bestimmungen zurückzugreifen ist und Art. 11 EGV n.F. bzw. Art. 40 EUV n.F. heranzuziehen sind. Da diese Bestimmung des Schengen-Protokolls aber eine auch punktuelle Teilnahme Großbritanniens und Irlands erlaubt, dürfte sie im Verhältnis zu Art. 43 Abs. 1 Ziff. g) EUV n.F. als *lex specialis* aufzufassen sein. Dies ändert aber nichts daran, daß die Beteiligung dieser Mitgliedstaaten insofern „ernst gemeint“ sein sollte, als sie nicht im Rahmen der engeren Zusammenarbeit jeden Fortschritt blockieren dürfen. Insoweit

⁴⁰ Vgl. hierzu auch Labayle, RTDE 1997 (Fn. 11), 841 ff.; Claus-Dieter Ehlermann, Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: ein neues Verfassungsprinzip?, EuR 1997, 362 (385 f.).

⁴¹ S. auch schon Art. 140 Schengen II, der vorsieht, daß jeder EU-Mitgliedstaat dem Abkommen beitreten darf, wobei hierfür jedoch ein entsprechendes Abkommen, das der Ratifikation aller Vertragsparteien bedurfte, notwendig war.

⁴² Der eine Entscheidung der Kommission vorsieht.

⁴³ Wonach die Kommission (nur) eine Stellungnahme abgibt, eine positive Entscheidung des Rates jedoch angenommen wird, es sei denn, der Rat entscheidet mit qualifizierter Mehrheit anders.

⁴⁴ Wobei für diese Einstimmigkeit die Stimmen der Schengen-Staaten und des betroffenen Mitgliedstaates maßgeblich sind.

⁴⁵ S. schon oben III.2.

dürfte die ratio des Art. 43 Abs. 1 Ziff. g) EUV n.F. auch in diesem Rahmen zu beachten sein⁴⁶.

Zudem ist darauf hinzuweisen, daß die einschlägigen Rechtsgrundlagen der Verträge selbstverständlich im ordentlichen Verfahren außerhalb des Unternehmens Schengen - unter Beteiligung Großbritanniens und Irlands - in Anspruch genommen werden können. Geht es allerdings um eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes unter Beibehaltung der derzeitigen Teilnahmekonstellation ist zwingend auf das skizzierte besondere Verfahren zurückzugreifen. Dies ist insofern von großer Bedeutung, als weite Bereiche letztlich eine „Weiterentwicklung“ des Schengen-Besitzstandes darstellen⁴⁷.

Diese Regelungen der Art. 4, 5 Schengen-Protokoll geben allerdings keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob auf den nach Art. 5 Schengen-Protokoll *weiterentwickelten Schengen-Besitzstand* das „Beitrittsverfahren“ des Art. 4 Schengen-Protokoll oder aber die einschlägigen Bestimmungen der Verträge (Art. 11 Abs. 3, EGV n.F., Art. 40 Abs. 3 EUV n.F.) Anwendung finden. Angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verfahren kann dies von erheblicher Tragweite sein. Der Umstand, daß Art. 5 Abs. 1 Schengen-Protokoll in bezug auf die Weiterentwicklung von dem Grundsatz der Anwendung der „ordentlichen“ Verfahren ausgeht, spricht für einen Rückgriff auf Art. 11 Abs. 3 EGV n.F., Art. 40 Abs. 3 EUV n.F.; offenbar soll doch Art. 5 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll die einzige Ausnahme von der Anwendung der ordentlichen Vorschriften darstellen.

b) Dänemark

Die „Sonderrolle“ Dänemarks⁴⁸ im Rahmen der Überführung des Schengen-Besitzstandes beruht darauf, daß es - übrigens ebenso wie Großbritannien und Irland⁴⁹ - an den im Rahmen des neuen Titels „Personenverkehr“ des EG-Vertrages gefaßten Beschlüssen grundsätzlich nicht teilnimmt, Art. 1 Protokoll betreffend die Position Dänemarks⁵⁰. Folgerichtig sieht Art.

⁴⁶ Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, daß im Schengen-Protokoll keine Bestimmung enthalten ist, die es dem Rat trotz einer Teilnahmeerklärung Großbritanniens und/oder Irlands ermöglicht, ohne diese Staaten zu entscheiden, wenn eine Maßnahme „nicht in einem angemessenen Zeitraum angenommen werden kann“, vgl. Art. 3 Abs. 2 des Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands.

⁴⁷ S. schon oben III.2.b).

⁴⁸ Vgl. hierzu auch Labayle, RTDE 1997 (Fn. 11), 839 ff.; Ehlermann, EuR 1997 (Fn. 40), 385 f.

⁴⁹ Art. 1 Protokoll betreffend die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands. In bezug auf diese beiden Staaten ist noch das Protokoll über die Anwendung bestimmter Aspekte des Artikels 7a des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf das Vereinigte Königreich und auf Irland zu erwähnen, das dem Vereinigten Königreich letztlich das Recht vorbehält, Kontrollen an seinen Grenzen mit anderen Mitgliedstaaten durchzuführen und Großbritannien und Irland ermächtigt, untereinander Regelungen über den freien Personenverkehr zwischen ihren Hoheitsgebieten zu treffen. Das Recht, solche Kontrollen durchzuführen, bleibt gegenüber Großbritannien (und Irland) auch den übrigen Mitgliedstaaten vorbehalten.

⁵⁰ Allerdings mit Ausnahme der Maßnahmen zur Bestimmung derjenigen Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein

3 Satz 1 Schengen-Protokoll vor, daß Dänemark in bezug auf diejenigen Teile des Schengen-Besitzstandes, für die Titel IV EGV n.F. (Freier Personenverkehr) als Rechtsgrundlage festgelegt wird, dieselben Rechte und Pflichten zu den übrigen Schengen-Staaten obliegen wie vor dieser Festlegung. Dies bedeutet, daß in bezug auf Dänemark derartige Bestimmungen und Beschlüsse des Schengen-Besitzstandes weiterhin der Charakter von im Rahmen der dritten Säule angenommenen Rechtsakten zukommt. Auswirkungen entfaltet diese „differenzierte Überführung“ insbesondere auf zwei Ebenen: Einmal ist die Gerichtsbarkeit differenziert ausgestaltet; Dänemark muß sich in den betroffenen Bereichen nur nach den Vorgaben der dritten Säule der Gerichtsbarkeit des EuGH unterwerfen; entsprechende Urteile wären also nicht verbindlich, und dänische Gerichte hätten ggf. auch kein Vorlagerecht. Zum anderen differierten die Rechtswirkungen der in den Rahmen der Union überführten Bestimmungen und Beschlüsse: In Dänemark handelte es sich um Beschlüsse im Sinne des Art. 34 EUV n.F., in den übrigen Schengen-Staaten dagegen um gemeinschaftliches Sekundärrecht (ggf. Verordnungen oder Richtlinien).

Allerdings steht Dänemark die Möglichkeit offen, Maßnahmen zur Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes, die auf der Grundlage von Titel IV EGV n.F. beschlossen wurden, in innerstaatliches Recht umzusetzen. Dänemark hat innerhalb von sechs Monaten nach Erlass der betreffenden Bestimmung durch den Rat eine entsprechende Entscheidung zu treffen, die dann eine völkerrechtliche Verpflichtung zwischen Dänemark und den übrigen Schengen-Staaten⁵¹ begründet⁵², Art. 5 Abs. 1 Protokoll über die Position Dänemarks. Dänemark hat dann diesem Beschluß ggf. - wie auch sonstigen völkerrechtliche Verpflichtungen - nachzukommen und ihn umzusetzen. Sollte Dänemark sich gegen die Verbindlichkeit eines derartigen Beschlusses entscheiden, prüfen die übrigen Schengen-Staaten, welche Maßnahmen zu ergreifen sind. Diese sind aber nicht näher präzisiert; aufgrund der Verbindlichkeit der jeweiligen Bestimmungen und Beschlüsse dürfen sie aber nicht im Gegensatz zu den Dänemark gegenüber Anwendung findenden Pflichten stehen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedenfalls, daß auch eine derartige völkerrechtliche Bindung Dänemarks einen unterschiedlichen Rechtscharakter der jeweiligen Beschlüsse mit sich brächte: völkerrechtliches Instrumentarium in Dänemark, Gemeinschaftsrecht in den übrigen Staaten. Konsequenzen entfaltet dies insbesondere auf der Ebene der institutionellen

müssen, sowie der Maßnahmen zur einheitlichen Visumsgestaltung, Art. 4 Protokoll betreffend die Position Dänemarks.

⁵¹ Ggf. auch Großbritannien und Irland, falls diese an dem betreffenden Bereich der Zusammenarbeit teilnehmen.

⁵² Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang zudem darauf, daß das Schengen-Protokoll explizit die Assoziierung der Nicht-Mitgliedstaaten Norwegen und Island vorsieht, Art. 6 Schengen-Protokoll. Allerdings dürfte die Art und Weise dieser Assoziierung noch sehr schwierige Probleme aufwerfen, so etwa die Frage, auf welche Weise diese beiden Staaten dann in den Entscheidungsfindungsprozeß zu integrieren sind.

und rechtlichen Einbindung in das System der Europäischen Union, wobei die Gerichtsbarkeit wohl eine zentrale Rolle spielt⁵³.

4. Gerichtliche Kontrolle

Die gerichtliche Kontrolle im Zusammenhang mit der Überführung des Schengen-Besitzstandes kann sich zum einen auf die Beachtung der vertraglichen Vorgaben (einschließlich der Protokolle), zum anderen auf den Schengen-Besitzstand und seine Weiterentwicklung selbst beziehen.

a) Einhaltung vertraglicher Vorgaben

Die Einhaltung der vertraglichen Vorgaben wird auch bei der Überführung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union nach den jeweils einschlägigen ordentlichen Verfahren sichergestellt. In unserem Zusammenhang ist insbesondere die Überprüfung der *Festlegung von Rechtsgrundlagen* von Bedeutung. Diese erfolgt im Rahmen des EG-Vertrages nach Art. 173 EGV, im Rahmen des EU-Vertrages nach Art. 34 Abs. 6 EUV n.F., der eine der Nichtigkeitsklage entsprechende Klagemöglichkeit im Rahmen der dritten Säule vorsieht⁵⁴. Gerügt werden kann hier namentlich die fehlerhafte Wahl der Rechtsgrundlage, muß diese doch nach den einschlägigen vertraglichen Vorgaben erfolgen⁵⁵.

b) Überprüfung des Schengen-Besitzstandes und seiner Weiterentwicklung

Die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle des in den Rahmen der Union einbezogenen Schengen-Besitzstandes und seiner Weiterentwicklung differiert je nach dem Stand der Überführung, den gewählten bzw. festgelegten Rechtsgrundlagen, den betroffenen Bereichen

⁵³ S. aber in diesem Zusammenhang auch *Thun-Hohenstein*, Vertrag von Amsterdam (Fn. 33), 54 f., der unter Berufung auf Sinn und Zweck der Regelung und einer gewissen institutionellen Kohärenz davon ausgeht, daß die Begründung „völkerrechtlicher“ Pflichten zwischen Dänemark und den übrigen Schengen-Staaten letztlich (nur) bedeute, daß es hier um dem Titel VI EUV (dritte Säule) zuzuordnende Rechtsakte ginge. Hiergegen spricht allerdings der klare Wortlaut dieser Bestimmung. Zudem dürfte die dritte Säule - insbesondere angesichts der erweiterten Rolle des EuGH und der neuen (Rechtssetzungs-) Instrumente im Vergleich zu sonstigen „normalen“ völkerrechtlichen Verpflichtungen einige Besonderheiten aufweisen, so daß die (explizite) Einführung einer anderen „Kategorie“ von Verpflichtungen doch nahelegt, daß hier tatsächlich Unterschiede bestehen sollen. Dies ändert nichts daran, daß dies im Hinblick auf ein damit einhergehendes Defizit an (institutioneller) Homogenität sehr zu bedauern ist.

⁵⁴ Klageberechtigt sind die Mitgliedstaaten und die Kommission.

⁵⁵ S.o. III.2.a)bb).

und teilweise sogar den jeweils beteiligten Staaten. Zu unterscheiden sind folgende Konstellationen:

- Eine Festlegung der Rechtsgrundlage nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Schengen-Protokoll ist noch nicht erfolgt und die entsprechende Bestimmung war auch (noch) nicht Gegenstand einer Weiterentwicklung nach Art. 5 Schengen-Protokoll: Die gerichtliche Kontrolle richtet sich nach den Vorschriften des Titels VI EUV n.F.⁵⁶, sind doch die Bestimmungen und Beschlüsse des Schengen-Besitzstandes als Rechtsakte, die auf Titel VI des Vertrages über die Europäische Union gestützt sind, anzusehen.
- Falls die Rechtsgrundlage des bestehenden Schengen-Besitzstandes festgelegt wurde, finden die einschlägigen Bestimmungen der Verträge betreffend die Zuständigkeit des EuGH Anwendung, Art. 2 Abs. 3 Satz 1 Schengen-Protokoll. Gleiches gilt für die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes. Im einzelnen ist hier also nochmals zu unterscheiden:
 - Ist Titel VI EUV n.F. Rechtsgrundlage, so ist auf die dortigen Bestimmungen über die Zuständigkeit des EuGH zurückzugreifen. Einschlägig ist hier Art. 35 EUV n.F., der drei verschiedene Arten von Zuständigkeiten vorsieht:
 - Art. 35 Abs. 1 EUV n.F. stipuliert eine grundsätzliche Zuständigkeit des EuGH, im Rahmen der Vorabentscheidung „über die Gültigkeit und Auslegung der Rahmenbeschlüsse und Beschlüsse, über die Auslegung der Übereinkommen nach diesem Titel und über die Gültigkeit und die Auslegung der dazugehörigen Durchführungsmaßnahmen“ zu entscheiden⁵⁷. Allerdings ist diese Kompetenz des EuGH nicht obligatorisch, sondern von einer entsprechenden (Unterwerfungs-) Erklärung jedes Mitgliedstaates abhängig. Selbst wenn ein Mitgliedstaat diese Erklärung abgibt, sind die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, derartige Fragen vorzulegen, verwendet Art. 35 Abs. 3 EUV n.F. doch das Verb „kann“⁵⁸. Keinesfalls darf der EuGH jedoch die Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten⁵⁹ überprüfen.
 - Art. 35 Abs. 6 EUV n.F. sieht eine obligatorische Gerichtsbarkeit des EuGH für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Rahmenbeschlüsse und

⁵⁶ Hierzu *Stefan Griller/Dimitri P. Droutsas/Gerda Falkner/Katrin Forgo/Michael Nentwich*, Regierungskonferenz 1996: Der Vertrag von Amsterdam in der Fassung des Gipfels vom Juni 1997, IEF working paper Nr. 27, Wien 1997, 114 ff.; *Müller-Graff*, Integration 1997 (Fn. 26), 281.

⁵⁷ Gemeinsame Standpunkte unterliegen damit nicht der Gerichtsbarkeit des EuGH; dies beruht wohl darauf, daß diese nur die künftige Richtung der Aktion festlegen und somit noch konkretisierungsbedürftig sind.

⁵⁸ S. aber *Müller-Graff*, Integration 1997 (Fn. 26), 281, der davon ausgeht, daß hier ein „Redaktionsfehler“ vorliege.

⁵⁹ Oder die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit. Dies ist aber auch schon im Schengen-Protokoll erwähnt, s. noch sogleich im Text.

Beschlüsse vor, dies auf Klage eines Mitgliedstaates oder der Kommission. Dieses Verfahren entspricht der Anlage der Nichtigkeitsklage des Art. 173 EGV.

- Sodann ist der EuGH nach Art. 35 Abs. 7 EUV n.F. für Entscheidungen zwischen Mitgliedstaaten betreffend Auslegung oder Anwendung der nach Art. 34 Abs. 2 EUV n.F. angenommenen Rechtsakte zuständig, dies unter der Voraussetzung, daß der Rat die Streitigkeit nicht innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Befassung beilegen kann. Auch besteht nach dieser Bestimmung eine allgemeine Zuständigkeit des EuGH für Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und Kommission betreffend Auslegung oder Anwendung der nach Art. 34 Abs. 2 lit. d EUV n.F. ausgearbeiteten Übereinkommen.
- Kommt Titel IV EGV n.F. zum Zuge, sind grundsätzlich die ordentlichen im EG-Vertrag vorgesehenen Verfahren eröffnet. Allerdings ist die besondere Vorschrift des Art. 68 EGV n.F. zu beachten. Danach ist der EuGH im Rahmen des Art. 177 EGV zuständig für Fragen der Auslegung des Titels IV EGV n.F. und die Gültigkeit oder Auslegung von auf diesen Titel gestützten Rechtsakten. Jedenfalls dürften die Gerichte auch hier - entsprechend Art. 177 Abs. 3 EGV - zur Vorlage verpflichtet sein, ist das Erfordernis der „Erforderlichkeit“ der Entscheidung doch im Sinne einer Erheblichkeit der gemeinschaftlichen Rechtsfrage zu verstehen⁶⁰. Zudem können Rat, Kommission oder Mitgliedstaaten dem Gerichtshof entsprechende Fragen vorlegen, wobei die Urteile des EuGH dann in bezug auf schon rechtskräftige Urteile der Gerichte der Mitgliedstaaten keine Bindungswirkung entfalten. E contrario dürften sie aber ansonsten - unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze - allgemein verbindlich sein. Für Dänemark, Großbritannien und Irland sind im Rahmen dieses Titels ergangene Urteile des Gerichtshofs in dem Maße nicht verbindlich, in dem der Titel auf diese Staaten keine Anwendung findet⁶¹.
- Wird auf andere Rechtsgrundlagen in den Verträgen zurückgegriffen, bestimmt sich die Zuständigkeit des EuGH nach den allgemeinen Bestimmungen.

Auf keinen Fall besitzt der EuGH jedoch die Zuständigkeit für „Maßnahmen oder Beschlüsse, die die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit betreffen“, Art. 2 Abs. 1 Uabs. 3 Satz 2 Schengen-Protokoll⁶². Damit wird also eine ganze Kategorie grundsätzlich in den Rahmen der Union eingebetteter Maßnahmen - nämlich all diejenigen, die die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betreffen - von der Gerichtsbarkeit des EuGH ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn sie in die Erste Säule fallen. Als Ausnahmebestimmung dürfte diese Vorschrift jedoch eng auszulegen sein; zudem

⁶⁰ A.A. wohl *Griller/Droutsas/Falkner/Forgo/Nentwich* (Fn. 56), 115.

⁶¹ Vgl. im einzelnen die entsprechenden Protokolle.

⁶² S. auch Art. 68 Abs. 2 EGV n.F., der eine parallele Einschränkung der Gerichtsbarkeit des EuGH enthält.

ist der EuGH selbst zuständig, über die Zulässigkeit einer Klage oder einer Vorlagefrage zu entscheiden. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß natürlich ein Großteil der Bestimmungen von Schengen II diesen Bereich betreffen. Dies trifft insbesondere für den gesamten Komplex der polizeilichen Zusammenarbeit unter Einschluß des Datenaustausches und -zuganges zu, ein Bereich, in dem Rechte Einzelner nachhaltig betroffen sein können.

IV. Zusammenfassende Bewertung

Die Übernahme des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union vermag zweifellos einige Defizite der intergouvernementalen Vorgehensweise - insbesondere die weitgehend fehlende gerichtliche Kontrolle und die Aushöhlung der gemeinschaftlichen (Willensbildungs- und Rechtsschutz-) Mechanismen - zu vermindern; dies gilt insbesondere auch für die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes. In bezug auf den schon bestehenden Besitzstand sah sich das Vorhaben der Übernahme in den Rahmen der Union aber von vornherein mit der Schwierigkeit konfrontiert, einen materiell schon festgelegten Bestand übernehmen zu müssen; der Inhalt des bestehenden *acquis* sollte gerade nicht in Frage gestellt werden. Dies führt allerdings insofern zu *Inkohärenzen*, als damit Bestimmungen und Beschlüsse im Gefolge eines einstimmigen Ratsbeschlusses zu Gemeinschafts- oder Unionsrecht werden, ohne daß die hierfür normalerweise einschlägigen Entscheidungsmechanismen gewahrt werden. Von Bedeutung ist dies insbesondere für die Beteiligungsmöglichkeiten des Parlaments. Dieser Befund vermag auch nicht durch einen Verweis auf die Legitimation des Schengen-Besitzstandes durch die nationalen Genehmigungsverfahren relativiert werden, geht es doch um die Frage einer gemeinschaftlichen Legitimation mit ihren Eigenarten, wozu etwa auch die Befugnis des Europäischen Parlaments zu Änderungsvorschlägen gehört.

Aber auch über das Übernahmeverfahren hinaus weist der im Schengen-Protokoll (ggf. in Verbindung mit den Großbritannien, Irland und Dänemark betreffenden Protokollen) vorgesehene Mechanismus etliche Unzulänglichkeiten auf:

- Hinzuweisen ist zunächst auf die bei der *tatsächlichen Überführung bestehenden Schwierigkeiten*: Es erscheint keineswegs sicher, daß die Überführung des bestehenden Schengen-Besitzstandes über die Festlegung der Rechtsgrundlage tatsächlich vollständig gelingt. Denn die Frage der einschlägigen Rechtsgrundlage ist in vielen Fällen sehr schwierig und keineswegs immer eindeutig zu beantworten; zudem präjudiziert die Festlegung der Rechtsgrundlage das in Zukunft anzuwendende Verfahren, so daß die Praktikabilität der Überführung des Schengen-Besitzstandes (der relativ umfangreich ist) durchaus zu bezweifeln ist, zumal zur Festlegung der Rechtsgrundlage Einstimmigkeit gefordert ist.

- Im Falle *fehlender Festlegung der Rechtsgrundlage* können die Rechtsnatur und damit die Rechtswirkungen des jeweiligen Beschlusses Anlaß zu Zweifeln geben, wird es doch auch hier nicht in jedem Fall eindeutig sein, ob ein Beschluß oder ein Rahmenbeschluß im Sinne des Art. 34 EUV n.F. vorliegt.
- Damit in engem Zusammenhang steht die Überlegung, daß der *rechtliche Charakter des Schengen-Besitzstandes* aus sachfremden - d.h. nicht in der Ausgestaltung der gemeinschafts- oder unionsrechtlichen Grundlagen begründeten - Erwägungen variiert, nämlich je nachdem, ob man sich auf eine Rechtsgrundlage einigen konnte oder aber nicht. Dies wirkt sich insbesondere auf der Ebene der *gerichtlichen Kontrolle* durch den EuGH aus⁶³: Je nachdem, ob eine Übernahme erfolgt und welche Rechtsgrundlage festgelegt wurde, ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs (ggf. unter gewissen Einschränkungen) gegeben oder auch nicht. Die Kompetenzen des EuGH sind auf der Grundlage dieses Systems sehr unübersichtlich und uneinheitlich ausgestaltet, was eben gerade nicht in jedem Fall auf sachlichen Gründen beruhen wird. Besonders ins Gewicht fällt hier die nur fakultative Einführung des Vorabentscheidungsverfahrens in der dritten Säule und der ggf. völkerrechtliche Charakter von auf der Grundlage des Titels IV EGV n.F. angenommenen Rechtsakten in bezug auf Dänemark; dieselbe Bestimmung wandelt also hier ihren Charakter, je nachdem, ob sie in Dänemark oder in anderen Schengen-Staaten angewandt wird. Ob auf diese Weise - insbesondere auch im Hinblick auf die Position Dänemarks - in jedem Fall eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschafts- und Unionsrechts garantiert werden kann, vermag bezweifelt werden. Immerhin dürfte der EuGH selbst befugt sein, über seine Zuständigkeit zu entscheiden, womit jedenfalls einer zu weiten Auslegung von Ausnahmetatbeständen entgegengewirkt werden kann. Von Bedeutung dürfte dies insbesondere für die Ausnahme der Bereiche der inneren Sicherheit und der öffentlichen Ordnung von der Gerichtsbarkeit des EuGH sein. Allerdings ist hier nicht zu verkennen, daß diese Gebiete an sich schon relativ weit formuliert sind und hiervon zahlreiche Bereiche des Schengen-Besitzstandes betroffen sind.
- Sehr zu bedauern ist schließlich die unterschiedliche Ausgestaltung der *Verfahren* in bezug auf den „Beitritt“ zu einer Form *verstärkter Zusammenarbeit*; Gründe für diese Differenzen sind nicht ersichtlich. Sie führen dazu, daß bei vergleichbaren Konstellationen andere Verfahren zur Geltung kommen, womit die im Vertrag nicht beantwortete Frage, unter welchen Voraussetzungen denn nun eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes vorliegt, relevant wird. Wie die Entwicklung hier verlaufen wird, ist nicht vorhersehbar.

Vor diesem Hintergrund unterliegt es ernsten Zweifeln, ob die Übernahme des Schengen-Besitzstandes tatsächlich zu kohärenten und damit mit dem System des Gemeinschaftsrechts

⁶³ Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, daß diese nicht nur im Rahmen des Schengen-Besitzstandes nicht sehr befriedigend ausgestaltet ist, sondern dies auch auf den entsprechenden Regelungen im Titel IV EGV n.F. und den Protokollen zur Position Großbritanniens, Irlands und Dänemarks beruht.

in Einklang stehenden Ergebnissen führen kann. Es bleibt zu hoffen, daß die in diesem Beitrag aufgeworfenen Fragen im Laufe der Zeit durch eine entsprechende Rechtsprechung und Praxis (zumindest teilweise) beantwortet werden.